

## **Do Código de Defesa do Consumidor: aspectos relevantes ao Direito Marítimo e ao Direito do Seguro**

Paulo Henrique Cremoneze Pacheco

O Direito Marítimo e o Direito do Seguro têm fortes laços de ligação.

Em vários momentos, eles se encontram, fazendo comum inúmeras questões, principalmente quando o assunto diz respeito ao transporte de cargas.

Com efeito, um dos ramos mais significativos do mercado de seguro é o transporte marítimo internacional de cargas.

Hoje, o referido ramo é dono de expressiva carteira em várias das Seguradoras espalhadas pelo mundo.

No Brasil, salvo engano, é o segmento mais poderoso e que opera bons lucros às Seguradoras. Daí o especial interesse do mundo jurídico.

Nem poderia ser diferente, tendo em vista que cerca de noventa por cento do mercado global de transportes de cargas é instrumentalizado pela navegação marítima.

Assim, o tema responsabilidade civil do transportador marítimo por inadimplemento do contrato de transporte assume ares especiais, uma vez que é tratado pelo Direito das Obrigações, em termos gerais, pelo Direito Marítimo, em termos mais específicos e, ainda, pelo Direito do Seguro, porquanto quase todos os transportes marítimos de cargas são cobertos por contratos de Seguro.

A esse mosaico de regras jurídicas deve ser acrescentado outra pedra: a do Direito do Consumidor.

Polêmico por excelência, o influxo do Direito do Consumidor no Direito Marítimo e, especialmente, no Direito do Seguro, é fato incontroverso, consubstanciando-se numa realidade latente e inafastável.

Infelizmente, há quem entenda que o Direito do Consumidor não se aplica aos casos envolvendo contratos de transporte marítimo, alegando que estes não instrumentalizam relações de consumo. Repudiamos veementemente tal posicionamento, uma vez que a obrigação de transporte se amolda ao conceito de prestação de serviços, merecendo, pois, a chancela de relação de consumo.

Há, também, aqueles que entendem que as seguradoras legalmente sub-rogadas nos direitos e ações dos seus segurados não podem se valer da legislação consumerista, uma vez que o vínculo de ordem consumerista não se transmite pela sub-rogação. Também combatemos com rigor tal posicionamento, afirmando que os direitos consumeristas são, sim, transmitidos pela sub-rogação.

O Código de Proteção e Defesa do Consumidor é um avanço em termos legislativos, um diploma legal especial por natureza e excelência. Não pode e não deve ser desprestigiado, sendo certo que toda e qualquer interpretação do sistema legal brasileiro que se faça em relação ao dito “*Codex*” deve dar primazia ao seu império e efetiva aplicação.

Neste modesto trabalho, pretendemos tratar de algumas questões palpitantes envolvendo o Direito Marítimo, o Direito do Seguro e o Direito do Consumidor, tendo este como cerne, princípio e fim de todas as análises.

Vejamos:

A Lei Federal n.º 8.078/90 introduziu no Brasil o Código de Proteção e Defesa do Consumidor.

Elaborado a partir de comandos constitucionais expressos, o Código de Proteção e Defesa do Consumidor é verdadeiro braço armado da Constituição Federal, tratando-se de um diploma de cidadania.

Sendo a Constituição Federal, como sabido, o fundamento de validade de todo ordenamento jurídico pátrio e considerando que a lei consumerista tem neste texto legal máximo a sua gênese, é certo dizer que o mesmo assume a figura de o mais importante diploma infraconstitucional.

Embora não exista hierarquia entre as leis, salvo a da Constituição Federal em relação ao resto do ordenamento jurídico, é possível entender que o Código do Consumidor tem certa e substancial primazia frente as demais leis.

Tanto assim que, havendo eventual conflito com outra norma, não se falará em regras de solução de conflito aparente de normas, como dispõe a Lei de Introdução ao Código Civil, uma vez que sempre prevalecerá a lei consumerista.

Temos isso por certo e valioso porque o aludido Código é, por excelência, um Código principiológico, ou seja, formado por princípios que não de ser respeitados pelo intérprete e/ou aplicador.

Além dos seus próprios princípios, o Código de Proteção e Defesa do Consumidor é informado diretamente pelos princípios Constitucionais, tidas como as mais importantes normas jurídicas dentre as mais importantes de todo o sistema legal brasileiro.

A Constituição auto-fundamenta-se. Sua característica lógica é complexa (signos utilizados no plano sintático), embora não existam comandos complexos.

O Plano Semântico da Constituição refere-se ao seu objeto (significado). Já o Campo pragmático da Constituição refere-se às regras de interação.

A norma jurídica possui caráter coordenativo. Na Constituição, há ampla denotação e baixa conotação, implicando maior amplitude semântica.

A Constituição é, como dito, fundamento de validade de todo o sistema jurídico (que se realiza pelas relações de competência, não se tratando de um sistema descritivo e/ou dedutivo como o matemático). A Ciência do Direito é descritiva, mas o Ordenamento Jurídico é prescritivo. Ele, o Ordenamento, comanda, ordena.

Há que se entender a proposição que existe atrás do enunciado. O que parece ser um modelo legal descritivo, na verdade (à luz da proposição) é um comando. Exemplo: Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela (...) Entenda-se: O Brasil

deve (tem que) ser uma República Federativa, impondo aos Estados Federados o pacto federativo.

A proposição de toda norma jurídica (não o seu enunciado) é, sempre, um comando. A descrição, o esclarecimento, são interessantes à Ciência do Direito e não ao Ordenamento Jurídico. Enquanto “ordem” o sistema jurídico é pautado em Princípios de Autoridade. (Relações de Autoridade nas quais não se cogita sobre a validade do sentimento de “Justo”).

Mesmo quando se estudo o conteúdo das normas, o que se busca é sua Autoridade. A norma superior condiciona a inferior pela relação de Autoridade. Logo, é correto dizer que a norma inferior só existe porque a superior determina ou autoriza sua existência.

Neste ponto é que se coloca, em face dos princípios constitucionais, o Código do Consumidor como extensão regular da própria Constituição Federal, não exatamente pela forma, mas decerto pela substância.

Importante: a Constituição é o fundamento universal de validade de todo o Ordenamento Jurídico.

Sobre o assunto, há duas teorias tidas como as principais:

1ª Teoria (Derivada de Hans Kelsen): tabulando-se o raciocínio parte-se da hipótese que a Constituição é válida (se a Constituição é válida, a lei que não lhe ofenda também é válida, etc.). Kelsen fez um discurso a partir de um “corte epistemológico” (um corte arbitrário dentro de um discurso, tal e qual o “Era uma vez...” das fábulas). Através do corte epistemológico (começo), Kelsen iniciou seu discurso com o que chamou de “Norma Hipotética Fundamental” (que não é uma norma jurídica *strictu sensu*, mas uma hipótese). Na verdade, o que Kelsen fez foi identificar que sempre se deve partir do pressuposto que a Constituição é válida (o que vem antes dela não é objeto de interesse na Ciência Jurídica).

2ª Teoria: as normas jurídicas são uma linguagem ordenativa, portanto, só é possível entender o sistema jurídico sob o prisma legislativo. A Constituição é criada sem

competência anterior definida. Não se explica o poder jurídico originário pela razão semântica. Ele não é um fenômeno jurídico (não se explica pelas regras de competência), mas, sim, da Ciência Política. (Exemplos: 1. a chuva molha porque molha; 2. *Big-bang* gerado pelo grande desconhecido). Assim, antes da Constituição não há explicação pelo Direito, mas pela Política e outros ramos do conhecimento humano.

Os dois discursos, contudo, encontram-se ligados à idéia de Poder (O Direito é Violência - Hans Kelsen). Até mesmo os Jusnaturalistas, hoje, estão mais positivados. Tudo com base no Princípio Hermenêutico (corte epistemológico). Com efeito, uma coisa é defender a aplicação dos princípios gerais da natureza na formulação do Direito, outra é dar ares naturais à algo criado essencialmente pelo homem, para reger sua vida social.

E, dentro de todo este prisma de estudo, destaque merece o “Princípio Constitucional”, em essência um fenômeno ocasionado em virtude da baixa densidade semântica da Constituição Federal de 1988.

Quem defende os Princípios Hermenêuticos, fazem-no com diferenças em relação aos ordenativos e normativos.

Importante: os Princípios Constitucionais são normas jurídicas por excelência e têm mais poder do que todas as leis ordinárias e normas inferiores a estas.

Obedece-se aos Princípios porque eles determinam que sejam obedecidos. As normas jurídicas, além das relações de autoridade, também se relacionam por coordenação. Daí falar-se, dentro do próprio texto constitucional, em dominação dos princípios.

Princípio Constitucional não é superior a outra norma constitucional, mas é mais amplo. O Princípio diz respeito a todo o universo de objetos constitucionais e sua principal característica é a semântica. Assim, a dominação não se dá sob o aspecto formal, mas pela aplicação efetiva, decorrente da interpretação sistêmica do texto constitucional e, a reboque, de todo o ordenamento jurídico.

Um conceito influencia o significado do outro. O princípio, pois, influencia toda e qualquer norma constitucional.

Princípio se destina a um universo maior. Influencia mais do que a regra específica, não por uma relação de Autoridade, mas, pela natureza semântica que lhe é afeta. Logo, é inválida qualquer norma infraconstitucional que infrinja um Princípio Constitucional.

A norma infraconstitucional deve ser interpretada à luz do Princípio Constitucional. É errada, pois, toda interpretação que vise enfraquecer Princípios Constitucionais. (Obs.: mera divergência interpretativa não se confunde com erro).

O Princípio Constitucional e a norma jurídica devem ser sempre interpretados sistematicamente em relação ao Ordenamento Jurídico.

Interpretação Sistemática: Sistema é um universo de elementos entendidos de forma coordenada, vale dizer, com nexos, alicerçado numa ordem. O universo é o caos, o homem que o ordena. O Conhecimento Científico busca a verdade.

Todo sistema importa:

1. Repertório: os elementos a serem estudados (separações abstratas) e Ordenamento Jurídico (as normas jurídicas).

2. Estrutura: o que significa hierarquia.

A diferença da norma jurídica das demais normas reside na natureza do descumprimento (sanção).

A sanção não está na norma isolada, mas no Ordenamento. Diante disso, mesmo quando se interpreta uma lei isoladamente, está-se interpretando dentro de um sistema.

Princípio é uma categoria em termos de construção lógica. Qualquer norma jurídica é produzida em linguagem idiomática e não formal como na matemática.

A norma jurídica visa incidir na realidade, por isso é próxima da realidade, ao contrário da formal, que não é próxima da realidade.

Hans Kelsen diz que toda norma jurídica tem mais de uma solução. Motivo tal que se deve emprestar ao princípio a idéia de primazia, mesmo porque, saindo do plano da tese e entrando na arena da aplicação, observamos que o Direito lida com versão dos fatos e não com os fatos propriamente ditos. (fatos/realidade = versão), o que reveste de singular importância a inteligência interliga do mosaico legal.

A Constituição, como qualquer discurso ordenativo (ao contrário dos descritivos - científicos) faz repetições. A repetição serve para realçar a vontade do legislador constituinte.

A identificação é instrumento importante porquanto, no plano objetivo, trata do significado o objeto em estudo. Neste sentido, é que a repetição emblemática, não necessariamente ôntica, dos princípios constitucionais enfatizam a importância do Código de Proteção e defesa do Consumidor.

Se não, vejamos:

O que pretendemos registrar é que a Constituição Federal exprime um arcabouço de normas supremas, que exigem observação incondicional, especialmente pelo legislador infraconstitucional. Exatamente por isso que se diz que a Magna Charta é a lei fundamental do Estado.

Mas, mesmo na Constituição, em que pese o significado elevado e imperativo de todos os seus dispositivos, existem normas mais relevantes que outras. As tidas como as mais importantes são as principiológicas, na medida em que os princípios são verdadeiras diretrizes de todo o ordenamento jurídico.

São os princípios os alicerces de qualquer construção jurídica, devendo ser estritamente obedecidos, sob pena de se ver corrompido o sistema legal.

Assim, no dizer de Celso Antônio Bandeira de Mello, “violar um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma qualquer”. Com efeito, conforme o princípio ofendido, o ofensor poderá ter violentamente atingido todo o sistema, atingindo a viga mestra da falada construção.

“O princípio jurídico é um enunciado lógico, implícito ou explícito, que, por sua grande generalidade, ocupa posição de preeminência nos horizontes do sistema jurídico e, por isso mesmo, vincula, de modo inexorável, o entendimento e a aplicação das normas jurídicas que com ele se conectam.”

Temos, portanto, que todos os princípios constitucionais estão presentes na legislação consumerista, desde o princípio fundamental da soberania ao que trata dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, passando, com especial destaque pelo da cidadania e o da dignidade da pessoa humana.

Desrespeitar a lei consumerista é desrespeitar igualmente estes princípios e, conseqüentemente, o sistema legal como um todo.

Por desrespeitar temos não apenas a violência ou a inobservância das normas consumeristas propriamente ditas, mas, igualmente, a negação de sua aplicação conforme os casos concretos.

O Direito Marítimo, mormente a sua parte que disciplina os contratos de transporte marítimo, sofre, sem dúvida, o influxo da legislação consumeristas, de tal sorte que a dita legislação especial também se aplica aos transportes marítimos, como aos transportes em geral.

Novamente trazemos à colação o instituto alemão do “*Recht über Recht*”, isto é, a possibilidade de se aplicar mais de uma norma jurídica a um mesmo ato-fato jurídico, sem que se tenha presente um conflito de normas.

Assim, sem prejuízos das demais normas presentes no Direito Marítimo, que disciplinam as relações maritimistas, temos também a legislação consumerista, com toda sua força, imperatividade e natureza altruísta, bem a propósito com o espírito dos direitos de terceira geração, os direitos difusos e/ou coletivos.

A legislação consumerista amolda-se perfeitamente às relações de transporte marítimo, razão pela qual podemos afirmar que estas têm o signo de relações de consumo.

Necessário, entretanto, para a aplicação efetiva dos dispositivos contidos na Lei Federal 8.078/90, se que proceda ao reconhecimento do vínculo de consumo existente entre as partes envolvidas numa relação marítimista.

Nesse sentido, ajustam-se aqueles que contratam o transporte marítimo ou que dele são beneficiários (haja vista o contrato de transporte marítimo ser um daqueles em que há a estipulação em favor de terceiro), perfeitamente, à definição de consumidor “*standard*” preconizada pelo Código em seu artigo 2.º, que assim dispõe, *verbis*

“Art. 2º - Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”.

Assim, todo aquele que contratar ou for beneficiário de um serviço de transporte marítimo é, sem dúvida, consumidor, sendo, portanto, legitimado para pleitear os regramentos legais contidos na lei específica. Importante notar que o texto legal é claro e inequívoco ao mencionar também como consumidores as pessoas jurídicas.

Muito se discutiu e em nosso modesto entender inutilmente, a respeito da possibilidade das pessoas jurídicas serem ou não qualificadas como consumidores, mesmo com a clareza solar do texto legal.

Tal discussão originou-se de visão deturpada acerca da idéia de hipossuficiência de que trata a lei. Tal hipossuficiência não implica miserabilidade ou necessidade, tampouco tem a ver com os fatos em si. Mas, decorre de uma presunção legal absolutamente correta e que deve ser ora bem comentada.

A lei consumerista não é uma lei destinada a regular as relações de consumo, mas a proteger o consumidor. Trata-se, pois, de um diploma legal notada e abertamente protetivo.

O objetivo do legislador foi o de equilibrar o cotidiano consumerista. Explicando melhor: o consumidor é, por tradição, a parte mais fraca de uma relação de consumo. Dando-lhe poderes, a lei só fez equilibrar uma relação já desequilibrada por fatores diversos, harmonizando melhor as forças das partes envolvidas pelo vínculo consumerista.

Assim, a hipossuficiência é presumida pela lei, pouco importando se ela é concreta no mundo dos fatos. O consumidor porque é, no mundo dos fatos, a parte mais fraca da relação de consumo tem, no mundo da lei, especial proteção. Tudo bem simples e objetivamente delimitado.

Percebemos, com facilidade, que a condição econômica ou estrutural do consumidor é questão irrelevante. Mesmo uma poderosa transnacional, importadora de produtos milionários, é tida como consumidora diante do transportador marítimo que lhe prestou serviços no sentido de transportar estes mesmos produtos milionários. Da mesma forma, uma seguradora sub-rogada legalmente nos direitos e ações de um consignatário de carga é, sem dúvida, consumidora por equiparação legal, em nada importando sua força econômica e o seu poderio logístico-financeiro.

Em outras palavras, espancando de vez o posicionamento daqueles que entendem que um diploma legal tão importante como é o Código do Consumidor serve apenas para disciplinar as relações comerciais de uma dona de casa e o quitandeiro, temos por derradeiro que o sobredito diploma legal serve para a ilustrada situação, mas também serve, com mais razão, para tratar das relações de consumo envolvendo armadores, afretadores, transportadores marítimos, empresas consignatárias de cargas e seguradoras, não obstante a força política e econômica que têm todas estas pessoas jurídicas.

Não se trata da defesa da teoria maximalista que dispõe que tudo é relação de consumo (verdadeiro absurdo), mas da correta interpretação, absolutamente dogmática, dos dispositivos contidos no Código, apenas aparando as arestas nocivas do reducionismo daqueles que insistem em combater a legislação consumerista.

Prosseguindo, de sua parte, enquadra-se o transportador marítimo ao conceito de fornecedor de serviços estabelecido pelo art. 3.º, caput e § 2.º, do referido Código, que reza:

*“Art. 3º - Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de*

*produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.*

*§ 2º - Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista”.*

Constata-se, assim, que o transportador marítimo é fornecedor pessoa jurídica de direito privado que desenvolve atividade de prestação de serviços no ramo de transportes, com habitualidade e intuito de lucro.

Destarte, identificada está a relação jurídica de consumo, posto existirem embarcadores, contratantes, ou consignatários de carga (beneficiários e destinatários do transporte) ou, ainda, os seguradores de cargas (legalmente sub-rogados), que utilizam, como destinatários finais e mediante remuneração, os serviços de transporte marítimo posto no mercado de consumo pelos transportadores (armadores e/ou afretadores).

Outras observações sobre o influxo do Direito do Consumidor sobre o Direito Marítimo devem ser pesadas:

Dispõe, o artigo 1º, da Lei 8.078/90, que suas normas são "de ordem pública e interesse social, nos termos dos arts. 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e artigo 48 de suas Disposições Transitórias".

Assim, é que a proteção do consumidor ganhou status constitucional, sendo erigida, inclusive, à categoria de direito e garantia fundamental da pessoa.

O seu artigo 4º, que trata da Política Nacional das Relações de Consumo, traça como objetivos "o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito a sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria de sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, ..." (artigo 4º, caput, do CDC), e elenca os princípios a serem seguidos para que se alcance tais objetivos.

Todo este manancial legislativo demonstra, claramente, a importância que tem o Direito do Consumidor e o fato dele ser, inequivocamente, incidente no Direito Marítimo.

A bem da verdade, alguns dos benefícios legais presentes no Código de Proteção e Defesa do Consumidor têm menos impacto para as questões do Direito Marítimo, o que não afasta de forma alguma sua significativa incidência.

De fato, desde o século retrasado e meados do século passado, com o Código Comercial e o Decreto (Lei Federal) n.º 2.681/12, a responsabilidade civil do transportador marítimo já se regravava pela teoria objetiva imprópria, vaticinada pelo Código de Proteção e Defesa do Consumidor, importando presunção legal de culpa do transportador marítimo e inversão do ônus da prova, nos casos de inexecução de obrigação contratual.

Há muito tempo, portanto, a área já operava com os conceitos e postulados estampados no aludido Código, donde justificamos a afirmação anterior que as mudanças tratadas pela dita legislação pouco alteraram a realidade do Direito Marítimo, neste campo vanguardista singular.

Mas, por outra banda, a introdução da lei consumerista no sistema legal brasileiro fortaleceu, sobretudo, a vedação as cláusulas limitativas ou restritivas de responsabilidade, comuns nos contratos de transporte marítimo.

Com a nova lei, o que antes era solucionado através da jusfilosofia, mediante cansativo processo de esgrima das normas vigentes no sistema legal como um todo, passou a ter tratamento melhor, normativo e expreso, fulminando qualquer dúvida a respeito.

Lista o Código, em seu artigo 6º, os direitos básicos atribuídos ao consumidor figurando, dentre eles, os dos incisos IV e X, que o protege de práticas e cláusulas contratuais abusivas e lhe garante o direito a um eficaz serviço público, respectivamente, transcritos abaixo:

*"Art. 6º - São direitos do consumidor:*

*IV – a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas impostas no fornecimento de produtos e serviços;*

*X – a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral".*

Toda cláusula que limita a responsabilidade é abusiva porque constitui em ofensa ao equilíbrio contratual, mormente quando o contrato que a contém, como é o caso dos contratos marítimos de transporte, é um típico contrato de adesão.

Antes da lei, existiam, como dissemos, outros argumentos utilizados para combater as ditas cláusulas.

Considerando que este manual tem enfoque nitidamente prático, convém tecer comentários a respeito.

Sendo o contrato de transporte marítimo (conhecimento marítimo) um contrato de adesão, as cláusulas são impressas, não cabendo ao consumidor do serviço contratado, diretamente ou por estipulação em favor de terceiro, qualquer deliberação a respeito.

O consumidor simplesmente adere às condições impostas, inicialmente, pelo fornecedor, diga-se, transportador marítimo.

E nem se diga em eventual liberdade de não contratar, pois, tendo-se em conta que cerca de 90% do transporte global de cargas é feito por mar, pouca liberdade têm os consumidores de tais serviços, uma vez que eles precisam contratar os transportes, submetendo-se, forçosamente, as disposições contidas nos instrumentos contratuais.

Falar em limitação de responsabilidade é falar, também, em reconhecimento da incidência das normas morais nas obrigações civis e/ou consumeristas, uma vez que limitar a responsabilidade, não raro a valores ou percentuais aviltantes, é ato afrontoso à moral que, em nosso entendimento, não pode ser de forma alguma admitido, principalmente em sede judicial.

A limitação de responsabilidade é imoral e prejudicial à economia e a decência do Direito, uma vez que permite que o ato ilícito permaneça sem punição, quebrando a regra de que aquele que causa dano a outrem deve reparar os prejuízos decorrentes com seu próprio patrimônio.

Por tal e tanto é que doutrinadores de grosso calibre, muito antes do advento do Código do Consumidor, manifestavam repúdio às ditas cláusulas, como exposto na seleção abaixo:

Hugo Simas: “Por modo tal os transportadores têm abusado das cláusulas de não responsabilidade, que não há excesso na afirmativa de Pipia de que os fretadores e armadores não têm responsabilidade nenhuma e os capitães muito pouca, pelo o que os carregadores podem dar graças a Deus e à nímia bondade daqueles, se chegar ao destino alguma cousa do que é remetido.”

José Aguiar Dias: “Sem embargo de sua utilidade, pois estimula os negócios, mediante afastamento da incerteza sobre o quantum da reparação, a cláusula limitativa muitas vezes resulta em burla para o credor. Dificilmente se dá o caso de ser o dano real equivalente à reparação prefixada, esta última, por um simulacro de perdas e danos.”

“Praticamente, é a cláusula exonerativa, à qual acaba por servir de argumento. As cláusulas limitativas são de uso freqüente nos transportes. Consistem, comumente, na fixação “*a forfait*”, de determinada soma, para constituir a indenização, em caso de perda, extravio, avaria ou atraso. (...) não temos dúvida em sustentar a sua nulidade, quando a soma arbitrariamente fixada resulte em verdadeira lesão para o credor, principalmente quando se trate de transporte, cujo contrato geralmente é de natureza a excluir a liberdade de discussão por parte do interessado no serviço.”

Mas, dentre todos os doutrinadores brasileiros, ninguém abordou melhor a matéria do que o maior de todos, PONTES DE MIRANDA, que sobre o tema “responsabilidade do transportador”, especialmente “cláusula de irresponsabilidade”, ensina, com a autoridade que lhe é peculiar, que:

“No Decreto n.º 19.473, de 10 de dezembro de 1930, art. 1.º, 1.ª alínea, que regulou os conhecimentos de transporte de mercadorias por terra, água ou ar, e deu outras providências, estatui-se: “O conhecimento de frete — leia-se conhecimento de transporte — original, emitido por empresas de transporte por água, terra ou ar, comprova o recebimento da mercadoria e a obrigação de entregá-la no lugar de destino.”. Na 2.ª alínea, acrescenta-se: “Reputa-se não escrita qualquer cláusula restritiva, ou modificativa dessa prova ou obrigação”. Tem-se querido insinuar a diferença entre restrição ou modificação da responsabilidade do transportador, o que é sem sentido. Transportar é receber o objeto e entregá-lo tal como foi recebido. A responsabilidade pelos danos que o objeto sofreu é inclusa no dever contratual de entrega.

É preciso que não se admitem cláusulas de irresponsabilidade que retirariam ao contrato de transporte sua estrutura. Por outro lado, o que importa é saber-se se, na espécie, a regra jurídica invocada é “*ius cogens*” ou “*ius dispositum*” ou “*ius interpretativum*”. Se a regra jurídica é cogente, não há pensar-se em qualquer permissão de cláusula de irresponsabilidade.

De se ver que um dos maiores tratadistas do Mundo, Pontes de Miranda, lastreado na interpretação sistêmica do Direito e, especificamente, no Decreto n.º 19.473/30, já manifestava, antes mesmo do advento do Código de Defesa do Consumidor, seu inconformismo quanto as cláusulas de irresponsabilidade, defendendo, com contundência e erudição, posicionamento relativo a invalidade absoluta das mesmas.

Fazendo eco a doutrina, os Tribunais brasileiros, quase que majoritariamente, também fizeram consignar o repúdio a validação e eficácia das ditas cláusulas.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que ostenta orgulhosamente o título de ser um dos principais berços do pensamento jurídico brasileiro, através da sua sexta câmara, julgando o Recurso de Apelação n.º 274.840-Santos, vaticinou:

“Limitar a responsabilidade da transportadora a 100 (libras esterlinas) é, sem dúvida, infringir o artigo 1.º do Decreto n.º 19.473, de 10.12.1930, que reputa não escrita

qualquer cláusula restritiva ou modificativa da prova do recebimento da mercadoria e da obrigação de entregá-la no destino, prova que o conhecimento de frete original faz a obrigação que por ela as empresas de transporte assumem. O legislador, certamente, teve em mente que: “*illud nulla pactione effici potest ne dolus praestatus*” (Dig. Lib. II, Tit.XIV, § 3.º). Pode ocorrer que o extravio da mercadoria faça render quantia superior à que o transportador tiver de pagar a título de indenização. Para eliminar estímulo de extravios dolosos, a lei fulmina cláusulas de irresponsabilidade e de não indenizar.”

“É enganosa a doutrina que condiciona a validade das cláusulas de limitação de responsabilidade “*a uma rebaja del frete, segun opciones que previamente los transportadores dan a los cargadores*” (FRANCIS FARINA, Derecho Comercial Martitimo, T. II, Ed. 1948, Madrid, p. 290, cfn. fls. 81). Haveria frete com determinada percentagem para os transportes sem declaração de valor das mercadorias e frete com “*the rate increased*” para o transporte com a declaração daquele valor. Dir-se-á que a opção pode advir uma vantagem, se o transporte for levado a bom termo, pois os mesmos riscos terão sido corrigidos, com um frete mais barato. A limitação de responsabilidade, porém, continua dando oportunidades de extravio doloso por parte do capitão ou da transportadora, eventualmente em conluio com o embarcador ou exportador. E aquela álea não poderá ser uma compensação a justificar a validez da cláusula restritiva.”

Também elaborado antes do surgimento da lei do consumidor, o posicionamento do Tribunal de Justiça paulista foi construído com muita lucidez, dando ênfase, como não poderia deixar de ser, ao Decreto n.º 19.473/30 e aos mais importantes e elementares princípios e postulados gerais do Direito.

Não se limitando ao Direito, o colégio paulista enveredou-se por outros ramos do conhecimento humano, porquanto observou, com precisão, que a limitação de responsabilidade é, ainda que às avessas, fator de incentivo à criminalidade, diga-se, extravios dolosos de cargas (“Para eliminar estímulo de extravios dolosos, a lei fulmina cláusulas de irresponsabilidade e de não indenizar”).

Ora, ao preocupar-se com o implemento da criminalidade e, ainda, com as divisas nacionais (ordem econômica), o Tribunal paulista emprestou ao tema, repita-se: antes

do surgimento da legislação especial consumerista, ares publicistas ao tema, sinalizando com o interesse social que tem a questão da não validade das cláusulas limitativas de responsabilidade.

Ditas cláusulas, qualquer que seja sua feição, limitação, restrição, exonerativa, enfim, negativa de responsabilidade, mesmo que parcialmente, é nula de pleno direito, não havendo que se falar em “*pacta sunt servanda*”, primeiro porque o princípio da supremacia prefere ao da livre manifestação de vontade das partes, depois porque a presença das mesmas é imposta, mediante cláusulas impressas em contratos de adesão.

Nesse sentido, interessante decisão do Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário n.º 107.361-6, votação unânime, dispõe que:

“Dentro do mesmo raciocínio, ao reduzir-se o valor de uma indenização a parte insignificante do prejuízo efetivamente verificado, parece ser a negação do próprio princípio que assegura a obrigação do pagamento dessa indenização. O Supremo Tribunal, com base em texto legal que reputa não escrita “qualquer cláusula” restritiva ou modificativa da obrigação do transportador (art. 1.º, do Decreto n.º 19.473/30), proclamou, na Súmula n.º 161, a inoperância da cláusula de não indenizar, não vejo como conciliar, com esse enunciado, a degradação de ressarcimento de uma importância mais de uma centena de vezes menor do que o prejuízo efetivo, a ponto de não chegar a compensar a antecipação dos encargos financeiros necessários ao ajuizamento da demanda.”

Igual entendimento teve o Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial n.º 644-89.0009917-5-SP:

“Direito comercial – Transporte marítimo – Cláusula limitativa de responsabilidade do transportador – O Decreto n.º 19.473, de 10.12.30, em seu art. 1.º, reputa não escrita qualquer cláusula restritiva ou modificativa da obrigação e tanto equivale a limitação a valor irrisório do montante da indenização, precedente do STF.”

E a repetição reiterada de julgados não reconhecendo a validade de tais cláusulas ensejou a sumulação do tema pelo Supremo Tribunal Federal, conforme Enunciado de Súmula n.º 161, cuja dicção é a seguinte:

*Súmula 161 — "EM CONTRATO DE TRANSPORTE, É INOPERANTE A CLÁUSULA DE NÃO INDENIZAR"*

Como visto, são refutadas tais cláusulas pela moral, pela interpretação sistêmica do Direito e, hoje, pelo Decreto n.º 19.473/30, que em seu artigo 1.º dispõe:

"...REPUTA-SE NÃO ESCRITA QUALQUER CLÁUSULA RESTRITIVA OU MODIFICATIVA, DESSA PROVA OU OBRIGAÇÃO"

Hoje, temos ainda o magnífico Código de Defesa do Consumidor que, como visto acima, veda expressamente as chamadas cláusulas limitativas ou restritivas de responsabilidade, inserindo-as no rol exemplificativo das cláusulas abusivas.

Entender de forma contrária é desprestigiar o Direito, o Decreto n.º 19.473/30 e o Código de Defesa do Consumidor. É, ainda, sepultar indevidamente o dominante posicionamento jurisprudencial, destacando-se o Enunciado de Súmula n.º 161 do Supremo Tribunal Federal, tudo ao arpejo, também, dos mecanismos sócio-jurídico-políticos que informam os interesses do país .

UMA QUESTÃO ESPECIALMENTE IMPORTANTE: AS SEGURADORAS DE CARGAS E O DIREITO DO CONSUMIDOR, A TRANSMISSÃO DESTE PELO FENÔMENO DA SUB-ROGAÇÃO.

Para aqueles que trabalham na área, é cediço que um dos mais importantes personagens do Direito Marítimo é o segurador de carga.

Há muito que o seguro de transporte marítimo reina majestático nos mundos do comércio exterior e do direito marítimo.

Difícilmente, exportadores, importadores e consignatários de cargas, sobretudo estes últimos, operam transportes de cargas valiosas sem o seguro.

Quase todos os transportes marítimos são cobertos por seguros específicos, tanto assim que as disputas arbitrais ou as lides forenses tem quase sempre como uma das

partes litigantes uma sociedade seguradora, exatamente aquele que se obrigou contratualmente a segurar o transporte marítimo que restou, de alguma forma, inadimplido.

Pagando a indenização securitária ao seu segurado, consignatário da carga, a Seguradora torna-se legalmente sub-rogada em todos os seus direitos e ações, tendo legitimidade para pleitear, em nome próprio, o devido ressarcimento (reembolso da indenização paga por ilícito contratual).

Alguns entendem, entre estes, vozes poderosas como a do Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Ruy Rosado de Aguiar, que, em sede de transporte marítimo de cargas, seguradora sub-rogada não pode ser definida como seguradora.

Num primeiro momento, o argumento dos defensores de tal posicionamento parece ser sedutor, posto partir do pressuposto de que consumidor, como diz a lei, é o destinatário final de um produto ou de um serviço. Nesse sentido, realmente é impossível dizer que as seguradoras são consumidoras, pois não são elas as destinatárias finais ou mesmo beneficiárias diretas do transporte, modalidade de serviço em questão.

Ocorre que, ao contrário do que entendem de tal forma, a sub-rogação legal que se dá com o pagamento da indenização abrange todos os direitos e ações, inclusive os de ceca consumerista. Logo, pelo fenômeno jurídico da sub-rogação legal (contratual), a seguradora é, sim, equiparada ao consumidor, pois deste “herdou” todos os direitos e ações.

Por tal e tanto, a seguradora da carga pode e deve se valer da legislação consumerista, para todos os seus devidos efeitos.

Amparamos nosso entendimento nos artigos 985, inciso III, 988 e 1.524, todos do Código Civil, os quais se permite transcrever:

*“Art. 985. A sub-rogação opera-se, de pleno direito, em favor:*

*III - Do terceiro interessado, que paga a dívida pela qual era ou podia ser obrigado, no todo ou em parte.”*

*“Art. 988. A sub-rogação transfere ao novo credor todos os direitos, ações, privilégios e garantias do primitivo, em relação à dívida, contra o devedor principal e os fiadores.”*

*“Art. 1.524. O que ressarcir o dano causado por outrem, se este não for descendente seu, pode reaver, daquele por quem pagou, o que houver pago.”*

Pois bem, como dissemos, uma vez inadimplida a obrigação pelo Transportador Marítimo, atendendo-se as normas e condições pactuadas nos referidos contratos, as Sociedades Seguradoras, que seguram os transportes das cargas, efetuam o pagamento das devidas indenizações, sub-rogando-se, por via de consequência, nos direitos e ações dos credores primitivos da obrigação (a rigor, consignatários de cargas), por força dos artigos 728 do Código Comercial e dos já destacados 985, inciso III e 1524, todos do Código Civil.

Segundo o ensinamento de MARIA HELENA DINIZ:

*“O termo ‘sub-rogação’ advém do latim ‘subrogatio’, designando substituição de uma coisa por outra com os mesmos ônus e atributos, caso em que se tem sub-rogação real, ou substituição de uma pessoa por outra, que terá os mesmos direitos e ações daquela, hipótese em que se configura a sub-rogação pessoal de que trata o Código Civil no capítulo referente ao pagamento com sub-rogação.”*

*“Trata-se de uma exceção à regra de que o pagamento extingue a obrigação e libera o devedor, pois, se houver sub-rogação, quem satisfaz a prestação passará a ter todos os direitos creditórios.”*

(Curso de Direito Civil Brasileiro, 2º Vol., 14ª edição, São Paulo: Saraiva, p. 254).

A sub-rogação confere àquele que arca com o pagamento por outrem, a titulariedade dos direitos e ações daquele crédito incorporado.

Ora, se a lei diz todos os direitos e ações (“Art. 988. A sub-rogação transfere ao novo credor todos os direitos, ações, privilégios e garantias do primitivo, em

relação à dívida, contra o devedor principal e os fiadores.”), há de se entender que são todos os direitos mesmos, inclusive aqueles tidos como personalíssimos ou similares, o que não é exatamente o caso da legislação consumerista, principalmente se observada sob o prisma da teoria maximalista, que prevê ampla aplicação do Código de Proteção e Defesa do Consumidor.

Com efeito, tratando-se de um verdadeiro braço armado da Constituição Federal, como já dissemos em oportunidade anterior, referido diploma legal configura um verdadeiro Código de cidadania, dada sua importância para o ordenamento jurídico pátrio.

Sendo formado por direitos de terceira geração, altruísticos por excelência, o Código de Defesa do Consumidor, protetivo por natureza, constitui a mais poderosa ferramenta em prol do jurisdicionado nas chamadas relações de consumo.

Mitigar a inteligência e a aplicação do Código é, por via reflexa, ofender princípios constitucionais, desmerecer os avanços políticos e sociais e, em última análise, prender-se ao literalismo do dogma jurídico, não raro perdido na vetusta separação do Direito em público e privado, ainda que ao arpejo da busca incessante pela Justiça.

Destarte, empregar aplicação ampla ao Código é proteger a cidadania, é premiar o Direito e estabelecer o primado da Justiça. Daí o repúdio a toda e qualquer interpretação restritiva acerca da relação de consumo. Se, por um lado, é certo dizer que nem toda relação jurídico-negocial é tipicamente de consumo, não é menos certo afirmar que, a princípio, sobretudo mediante fundada dúvida, não se deve mitigar o estampamento do signo consumerista nas relações contratuais que envolvam, por exemplo, prestação de serviços.

Donde se conclui que o segurador, porque se tornou sub-rogado nos direitos e ações do seu segurado (com o pagamento da indenização securitária), também é, por justa e legal equiparação, consumidor, haja vista a idéia, estampada na lei, que a sub-rogação opera a transferência de todos os direitos e ações do Segurado em prol do Segurador (“Art. 988. A sub-rogação transfere ao novo credor todos os direitos, ações, privilégios e garantias do primitivo, em relação à dívida, contra o devedor principal e os fiadores.”).

Num caso concreto, uma disputa judicial, envolvendo, de um lado, uma transportadora marítima e, de outro, uma seguradora de carga legalmente sub-rogada nos direitos e ações do seu segurado, primitivo credor da obrigação de transporte inadimplida, a relação entre ambas as partes é de sede consumerista porque o contrato de transporte é, sem dúvida, modalidade de prestação de serviços. O negócio jurídico, que constituiu o objeto da obrigação contratada é o item relevante para configurar a relação de consumo e não a sub-rogação propriamente dita.

Ora, se a obrigação inadimplida tem traços de relação de consumo, não obstante as partes não tenham celebrado o contrato de transporte entre si, o reembolso das quantias pleiteadas tem sua origem no inadimplemento de um contrato de prestação de serviço, razão pela qual, aplica-se a legislação consumerista na presente, uma vez que não se pode desvirtuar a natureza do direito que deu origem a obrigação.

Por outra banda, negar a aplicação do Código de Defesa do Consumidor num caso concreto apenas porque uma das partes é uma Seguradora, é negar vigência a princípio básico do Direito das Obrigações que confere ao terceiro interessado (Seguradora), o direito de reembolsar-se do quanto despendido, a título de reembolso, sub-rogando-se nos direitos e ações do credor originário da obrigação.

Importante lição nos traz CAIO MARIO DA SILVA PEREIRA:

“( . . . ) chama-se sub-rogação a transferência da qualidade creditória para aquele que solveu obrigação de outrem ou emprestou o necessário para isto. Na palavra mesma que exprime o conceito (do latim ‘sub rogare’, ‘sub rogatio’) está contida a idéia de substituição, ou seja, o fato de uma pessoa tomar o lugar de outra, assumindo a sua posição e a sua situação.”

“Opera pondo o credor sub-rogado na situação do primitivo. E, sendo este titular de direitos contra o devedor e contra seus fiadores e garantes, o sub-rogatário igualmente os tem.”

(Intuições de Direito Civil, Vol. II, 13ª edição. Rio de Janeiro: Forense, p. 143 e 146)

Note-se que, de forma diferente do quanto delimitado na decisão ora combatida, a aplicabilidade da Lei nº 8.078/91, não está limitada ao cumprimento das obrigações “intuito personae”, como bem salientado pelo Ilustre Juiz Titular da 3ª Vara Cível da Comarca de Santos, Gustavo Pieroni Louzada, na sentença proferida nos autos do Processo 128/98, cujo o seguinte trecho se permite transcrever:

“Inicialmente, cabe ressaltar que a alegada relação jurídica entre a seguradora da autora e a ré está incluída nas chamadas ‘relações de consumo’, de acordo com os artigos 2º e 3º, caput e parágrafo segundo, do Código de Defesa do Consumidor, pois se trata de prestação de serviço, onde a transportadora se obriga a levar a mercadoria incólume a seu destino, mediante remuneração, em proveito do dono dos bens, como destinatário final, pouco importando seja ele pessoa física ou jurídica, de grande ou de pequeno porte, não existindo na lei limitação a este respeito.

Ainda nesse aspecto, noto que a autora sub-rogada nos direitos da segurada, nos termos do artigo 1.458, c.c. artigo 985, inciso III, ambos do Código Civil, e Súmula 188 do Supremo Tribunal Federal, a ela se aplicam todas as normas, direitos, privilégios e garantias da relação primitiva, conforme disposto no artigo 988 do Código Civil.

Assim, a responsabilidade da ré pela reparação de eventuais danos ocorridos independe de culpa, exigindo-se apenas o defeito na prestação do serviço, os danos, e o nexo causal entre eles, conforme disposto no artigo 14 do Código Defesa do Consumidor.”

Nesta linha, não há como se deixar de reconhecer a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor, principalmente no que toca à inversão do ônus da prova e à inoperância das cláusulas limitativas de responsabilidade, vez que típicas de um contrato de adesão, que impõe uma situação de supremacia de uma parte em relação à outra. Não há, ainda e principalmente, como não reconhecer que a seguradora, porque legalmente (contratualmente) sub-rogada nos direitos e ações do seu segurado (consumidor original, primitivo credor da obrigação inadimplida), tem legitimidade para invocar o Código de Defesa do Consumidor, na qualidade de consumidora por equiparação, em face da idéia de sub-rogação integral de direitos.

Inobservar o império da legislação consumerista num dado caso concreto, não será somente tratar como iguais, desiguais, mas será ferir dispositivo de lei expresso, que garante ao sub-roгатário, os mesmos direitos e ações do credor primitivo da contrato de transporte, ou seja, o consignatário da carga.

E, de imediato, como acima visto em linhas gerais, a incidência da legislação consumerista implicará o prazo prescricional de cinco anos, sobrepondo ao antigo e tradicional prazo de um anos, previsto por regras específicas e que já se encontra consagrado em termos de Direito Marítimo.

Se é certo dizer, por expresso comando legal, que as seguradoras encontram-se arroladas pelo Código de Proteção e Defesa do Consumidor como sendo fornecedoras de serviços, não é menos certo afirmar que elas, enquanto legalmente sub-rogadas nos direitos e ações dos seus segurados, especialmente em sede de transporte marítimo de cargas inadimplido é, por equiparação, tida como CONSUMIDORA, em todos e para todos os efeitos legais, incluindo-se o aludido prazo prescricional quinquenal.

Outras questões igualmente importantes merecerão comentários futuros.